

ASPECTOS PROBATORIOS DEL DECRETO DE DESCONGESTION JUDICIAL

Dr. ULISES CANOSA SUAREZ

El Decreto 2651 de 1991 de noviembre 25 de 1991 o DECRETO DE DESGONGESTION JUDICIAL dedica un capítulo a las reformas en materia de pruebas, que comprende los artículos 21 a 25. Sin embargo, en el Decreto existen otras normas que tienen relación directa con el aspecto probatorio, como el artículo 9 que se refiere al interrogatorio en la audiencia y solicitud adicional de pruebas en los tres días siguientes; los artículos 28 y 29 que tratan sobre comisión y traslado de jueces para práctica de pruebas, etc.

No nos ocuparemos de recordar **todas** las modificaciones que en materia probatoria trajo el **DECRETO DE DESCONGESTION**, porque después de más de tres años de vigencia, son suficientemente conocidas. Nos parece oportuno analizar **algunas** de las dificultades prácticas de la reforma y la conveniencia de mantenerla como legislación permanente.

Con el propósito de estudiar en orden y con claridad esas dificultades prácticas, presentaremos la respuesta a cinco interrogantes que sobre aspectos probatorios ha producido el **DECRETO DE DESCONGESTION**, insistiendo que no son los únicos, pero son los más relevantes de los más importantes.

Para la adecuada respuesta a esos interrogantes, es conveniente partir de

1. **EL DECRETO PRETENDE MODERNIZAR:** Con el Decreto 2651 de 1991 se pretende renovar, rejuvenecer las instituciones procesales en materia de pruebas, acogiendo principios NUEVOS en el derecho colombiano, tomados del sistema anglosajón, para buscar mayor eficacia en la administración de justicia.

2. EL DECRETO PRETENDE DESCONGESTIONAR: Las normas probatorias del Decreto traen instituciones **para solucionar problemas prácticos**, para hacer más sencillos, transparentes y rápidos, esto es, menos complicados los trámites jurisdiccionales, recogiendo formalismos, tan tradicionales, como inútiles, que por su marcada ineficacia no consultan la actual realidad de la legislación y tráfico civil y comercial, ni las modernas tendencias del derecho procesal¹.

3. EL DECRETO DEBE ANALIZARSE SIN PREJUICIOS: Toda reforma origina natural resistencia, más cuando supone reevaluar una arraigada mentalidad procesal, plagada de ritos y solemnidades. Por eso, para comprender la magnitud de la reforma es necesario despojamos del perjuicio de la inmodificabilidad de las instituciones procesales, mirando hacia el futuro, no al pasado, porque, sin temor a equivocarnos, bien puede afirmarse que las normas de derecho probatorio del DECRETO DE DESCONGESTION están destinadas para una nueva generación de abogados: La del siglo XXI.

PRIMER INTERROGANTE

El parágrafo tercero del artículo 101 del C.P.C. titulado **INTERROGATORIO DE LAS PARTES Y SOLICITUD ADICIONAL DE PRUEBAS** establece en su inciso segundo: "...Después de terminada la audiencia y dentro de los tres días siguientes, las partes podrán modificar las solicitudes de pruebas contenidas en la demanda; en la contestación o en cualquier otro escrito que de acuerdo con la ley pueda contenerlas..." .

De acuerdo con esta norma, dentro de los tres días siguientes a la audiencia de conciliación ¿pueden solicitarse **NUEVAS** pruebas o únicamente **MODIFICAR** las solicitadas hasta ese momento?

RESPUESTA

Se han presentado dos teorías:

¹ "...Mucho se puede escribir y especular—dice **GILBERTO PEÑA CASTRILLON**—sobre las relaciones entre nuestros comerciantes y el derecho, y en cualquier caso se concluirá que la idea que aquellos tienen de esta ciencia viene predeterminada, en buena parte, por la idea que tienen de los abogados... La idea que del derecho tienen nuestros comerciantes la inducen, en buena parte, de la manera como los operadores del derecho practicamos nuestro oficio. La desconfianza es un rasgo connatural al comerciante, quien por supuesto, lo ejerce con una ya natural habilidad ante la solución jurídica y ante su abogado, y bueno es reconocer que tiene toda la razón cuando lo que se le presenta son fórmulas teóricas... faltas de transparencia o sencillez, sugeridas por abogados que han olvidado—o nunca aprendieron—que el ejercicio del derecho tiene también una fase artística y que todo el derecho debe constituir **una solución práctica para un problema práctico...**" Monografías Jurídicas. Temis. **Pacto Arbitral y Arbitramento en Conciencia**. Bogotá, 1988, páginas 4 y 5.

PRIMERA. NO ES POSIBLE PEDIR NUEVAS PRUEBAS, SOLO MODIFICAR LAS SOLICITADAS HASTA ESE MOMENTO², por las siguientes razones:

1. Porque la filosofía del Decreto 2651 de 1991 es descongestionar y al permitirse la solicitud de nuevas pruebas se congestiona.
2. Porque el término **MODIFICAR** debe entenderse en el sentido de cambiar lo que existe, es decir, las pruebas solicitadas hasta ese momento y no como posibilidad de incluir nuevas pruebas.
3. Porque pedir nuevas pruebas implica reformar la demanda según el artículo 89 del C.P.C. y celebrada la audiencia ya ha expirado la oportunidad para el efecto.

4. Porque con la petición de pruebas por una sola de las partes se violaría la igualdad procesal y el derecho de defensa de la otra, en la medida en que ya no tiene nueva oportunidad para pedir otras pruebas.

5. Porque en el proceso verbal sería necesario suspender la audiencia por tres días, lo que desnaturaliza este tipo de procesos.

SEGUNDA: ES UNA OPORTUNIDAD ADICIONAL PARA PEDIR NUEVAS PRUEBAS, por las siguientes razones, que consideramos acertadas³.

1. La primera parte del parágrafo 3 del artículo 101 del C.P.C. claramente establece lo siguiente: "SOLICITUD ADICIONAL DE PRUEBAS", lo que gramatical y jurídicamente no puede significar nada distinto a una nueva oportunidad –adicional– para pedir pruebas.

2. Ninguna aplicación práctica tiene entender la norma únicamente en el sentido de MODIFICAR pruebas solicitadas hasta ese momento. ¿Cómo se modifica

² En un seminario sobre DESCONGESTION JUDICIAL realizado en la Universidad del Rosario de Bogotá en mayo de 1994 para jueces y magistrados, estuvieron de acuerdo con esta primera teoría y por las razones aquí expuestas, entre otros, los Doctores ALFONSO GUARIN ARIZA, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil y GUSTAVO CUELLO IRIARTE, profesor de Derecho Probatorio del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

³ En el mismo seminario mencionado en la nota anterior estuvimos de acuerdo con esta segunda opinión, entre otros, los Doctores HERNANDO DEVIS ECHANDIA y EDGARDO VILLAMIL PORTILLA Presidente del Tribunal de Bogotá. En el mismo sentido se pronuncia el Profesor HERNÁN FABIO LOPEZ BLANCO, en los siguientes términos: "...Dentro de los tres días siguientes a la audiencia pueden las dos partes modificar sus solicitudes de pruebas, lo que implica no solo prescindir de algunas de ellas, lo que en estricto sentido pueden realizar sin restricción alguna en el curso de la audiencia del artículo 101 y aún con posterioridad pero, y esto es lo destacable, también pedir nuevas pruebas porque la modificación contempla los dos aspectos...". *Comentarios al Decreto de Descongestión Judicial*. Dupre Editores, Segunda edición. Bogotá 1994, página 38.

una solicitud de testimonio? Seguramente pidiendo uno nuevo y eso es solicitar una nueva prueba; tal vez prescindiendo de alguno de los declarantes, lo que se puede hacer hasta antes de la práctica (artículo 344), o incluyendo preguntas o prescindiendo de las formuladas, actuaciones que pueden desarrollarse en la recepción de la declaración (artículo 228). ¿Cómo se modifica una solicitud de dictamen? Incluyendo nuevos puntos, lo que puede hacerse hasta la posesión de los auxiliares (artículo 236). ¿Cómo se modifica un interrogatorio de parte? Sustituyendo el cuestionario total o parcialmente, actuación que se puede hacer antes de la audiencia o aún dentro de ella de acuerdo con las reglas del artículo 207 del C.P.C., etc...

En conclusión, ninguna lógica tiene que entender la norma en el sentido que los tres días son para modificar aspectos que con las normas permanentes del C.P.C., se pueden variar aún después de los tres días posteriores a la audiencia.

3. Pedir nuevas pruebas no siempre implica reformar la demanda. Así por ejemplo en el traslado del artículo 399 se pueden pedir pruebas diferentes a las solicitadas hasta ese momento y no se está reformando la demanda; en una inspección judicial, según el artículo 246, es posible presentar nuevos documentos, recepcionar testimonios hasta ese momento no solicitados, practicar interrogatorios y no se está reformando la demanda. Similar comentario merecen oportunidades probatorias como las previstas en el artículo 238 del C.P.C. para la objeción al dictamen pericial o 290 *ibidem* para la tacha de documentos, momentos en los que es procedente pedir nuevas pruebas, sin reformar la demanda, pruebas que pueden ser apreciadas en la sentencia, que es donde se decide la objeción y la tacha, (artículos 238 No. 6 y 290 inciso 4).

4. No se viola la igualdad procesal porque es una **oportunidad común**, para **todas** las partes y el derecho de defensa se ejercita al controvertir las pruebas, v.gr., si es testimonio tachando a los testigos o contrainterrogando (artículos 218 y 228), si es documento tachando (artículo 289), si es dictamen objetando (artículo 238) si es inspección interviniendo en su práctica (artículo 246), etc.

5. No de toda solicitud de pruebas se da traslado a la otra parte. Un ejemplo es el artículo 399 del C.P.C., en el que el demandante puede solicitar nuevas pruebas sobre los hechos en que se fundan las excepciones de mérito, sin repetir traslado al demandado.

El derecho de defensa se viola limitando la oportunidad del párrafo 3o. Del artículo 101 únicamente para **modificar** pruebas solicitadas, cuando la ley claramente establece que es una oportunidad **adicional** de pruebas.

6. La norma no se puede restringir considerando una aparente dificultad de aplicación en el proceso verbal, porque va dirigida a la generalidad de

procesos, entre ellos ordinarios, abreviados y ejecutivos, que son mayoría y en el tenor literal del artículo en parte alguna se excluye el proceso verbal de su campo de aplicación.

En los verbales bien puede suspenderse por tres días la audiencia (las suspensiones son muy comunes) o considerar que la oportunidad para pedir nuevas pruebas se tiene dentro de las audiencias antes del decreto de pruebas. Lo cierto es que la norma comentada no puede proscribirse del proceso verbal, porque no existe limitación legal, de tal forma que todo se reduce a implementar una solución práctica para su correcta aplicación en este tipo de proceso.

7. Finalmente, una nueva oportunidad para probar jamás puede entenderse como causa de congestión, porque en la medida que existan más pruebas eficaces, relevantes e idóneas se logra una mejor administración de justicia, se precavan recursos extraordinarios y se evitan decretos oficiosos.

Esa nueva oportunidad para pedir pruebas es útil, en la medida en que el debate dentro de la audiencia, la fijación de hechos, pretensiones y excepciones y la práctica de interrogatorios, ilustra a las partes sobre las pruebas que hacen falta para acreditar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen, haciendo más transparente la contienda judicial.

Ahora bien, si es esa oportunidad adicional se solicitan nuevas pruebas en contravía con el artículo 178 del C.P.C., deben rechazarse por esa vía, la del rechazo *in limine* de pruebas, por ilegales, inconducentes, impertinentes o superfluas, pero no por inoportunas, porque se insiste, **el término de tres días siguientes a la audiencia es una nueva oportunidad –una oportunidad adicional– para pedir pruebas**⁴.

SEGUNDO INTERROGANTE

¿Si se practica el interrogatorio de parte en la audiencia, en desarrollo del parágrafo 3o. del artículo 101, debe repetirse en el término probatorio del proceso?

⁴ En este sentido el Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia del Doctor EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, Auto CI-42 de febrero 15 de 1994 dijo: "...El inciso segundo del parágrafo 3o del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil prevé la posibilidad de modificar la solicitud de pruebas. La modificación de la solicitud consiste necesariamente en suscitar nuevos medios probatorios. No se trata simplemente de cambiar el tema de la prueba. La reforma no se hizo para permitir un sutil cambio que ampliará el alcance de los medios de prueba propuestos inicialmente.... Se aprecia entonces que la solicitud de modificación a la petición de pruebas es procedente... por cuanto la expresión empleada en al precepto que permite "modificar las solicitudes de pruebas" implica mantener la estructura general de la prueba pero enriquecida con nuevas pruebas. El epígrafe del artículo fija el alcance de la norma en cita para concluir que no está prohibida la admisión de nuevas pruebas, más aún si se tiene en cuenta que no se viola el principio de igualdad porque las dos partes tienen idéntica posibilidad...".

RESPUESTA

1. De acuerdo con el inciso primero del parágrafo 3o del artículo 101 del C.P.C. "...Las partes absolverán bajo juramento los interrogatorios que se formulen reciprocamente o que el juez estime conveniente efectuar, acerca de los hechos relacionados con las excepciones previas pendientes o **con el litigio objeto del proceso...**".

2. El interrogatorio puede practicarse en la audiencia, aprovechando la presencia de las partes, la necesidad de puntualizar desde ese momento algunos aspectos en controversia, para la conciliación, para las excepciones previas o para la fijación de hechos y pretensiones, es decir, "...el litigio objeto del proceso...".

El juez, como director del proceso y del debate probatorio y atendiendo esas circunstancias, tiene libertad, porque la norma no es imperativa, para ordenar o no ese interrogatorio en la audiencia.

3. Ahora bien, si el interrogatorio se ordena, lo formula la parte contraria y se refiere al "...litigio objeto del proceso...", no debe repetirse, porque las normas del C.P.C. sobre este medio de prueba limitan a una vez la posibilidad de interrogatorio de parte.

Las oportunidades procesales son perentorias, dice el artículo 118 del C.P.C. Se han establecido límites de preguntas (20 o 10 en verbales sumarios), que se violaría fácilmente repitiendo el interrogatorio. El artículo 294 dice que el interrogatorio anticipado sólo puede pedirse por una vez y, por ese mismo derrotero el inciso 4 del 203 agrega que sólo puede repetirse el interrogatorio en el proceso cuando se trata de incidentes, diligencias de entrega y secuestro de bienes.

4. En cambio, si el interrogatorio en la audiencia sólo lo formula el juez o se practica únicamente para decidir excepciones previas, de tal forma que en este último caso no se refiere al "...litigio objeto del proceso...", sí debe decretarse en el auto que abre a pruebas, si fue solicitado oportunamente por alguna de las partes.

TERCER INTERROGANTE

¿Cómo debe entenderse el numeral 2 del artículo 22 del Decreto 2651 de 1991 que establece: "Los documentos declarativos emanados de terceros se estimarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contra la cual se aducen solicite su ratificación de manera expresa..."?

RESPUESTA

1. **LA NORMA SOLO SE APLICA A DOCUMENTOS DECLARATIVOS EMANADOS DE TERCEROS:** En primer lugar es necesario precisar que la norma únicamente comprende los documentos DECLARATIVOS EMANADOS DE TERCEROS.

Los documentos de terceros, de acuerdo con su contenido, pueden ser⁵:

- a) **Simplemente representativos:** Aquellos que contienen imágenes, sin plasmar declaraciones, como los cuadros, dibujos, planos, fotografías, que se estiman por el juez si son auténticos, (artículo 277 No 1).
- b) **Dispositivos:** Cuando contienen actos de voluntad para producir efectos jurídicos, creando, modificando o extinguendo obligaciones, los que también se estiman por el juez si son auténticos (art. 277 No 1).
- c) **Declarativos:** Si contienen una declaración de simple ciencia, esto es, de carácter testimonial, en la que no se dispone de derechos. Son los que se denominan TESTIMONIO ESCRITO, como las constancias.

La norma en estudio no comprende los documentos simplemente representativos, ni los dispositivos, a los que no se aplica la figura de la ratificación, porque basta su autenticidad para que sean apreciados por el juez. Sólo involucra los declarativos y emanados de terceros, que además de auténticos, a veces requieren ser ratificados.

2. **LA NOVEDAD DEL DECRETO 2651 DE 1991:** De acuerdo con el texto original del numeral 2 del art. 277 del C.P.C., este tipo de documentos declarativos emanados de terceros sólo se estiman por el juez si su contenido se ratifica mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos, es decir, en aplicación del art. 229, recibiendo la declaración.

En el texto original del código la regla general es la necesidad de ratificación, porque sólo se prescinde de ella cuando las partes lo solicitan de común acuerdo.

El numeral 2o. Del artículo 22 del Decreto 2651 de 1991 invirtió la regla y por eso ahora el documento declarativo de tercero se puede apreciar sin ser ratificado; la ratificación es la excepción, necesaria únicamente cuando "...la parte contra la cual se aduce solicita su ratificación de manera expresa..."

Para ser más claros, antes el silencio de la contraparte obligaba la ratificación, hoy el silencio de la parte contraria proscribe la ratificación.

3. **d) OPORTUNIDAD DE LA SOLICITUD DE RATIFICACIÓN:** No dice la norma estudiada cuándo puede solicitarse la ratificación, por lo que, ante el silencio de legislador, debe aplicarse el artículo 119 del C.P.C., según el cual "...a falta de término legal para un acto, el juez señalará el que estime necesario para su realización...", término que bien puede ser el del artículo 289 del C.P.C., en concordancia con el art. 5 *ibidem*.

⁵ PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá 1986, páginas 295 y ss.

4. NO ES NECESARIA LA RATIFICACION CUANDO SE TRATA DE JUSTIFICAR LA INASISTENCIA A LA AUDIENCIA DE CONCILIACION CON ESTE TIPO DE DOCUMENTOS: La justificación de inasistencia a la audiencia requiere únicamente prueba sumaria, y es sumaria la prueba que ha sido controvertida.

La ratificación garantiza y produce la contradicción, sin la ratificación del documento declarativo emanado de tercero, siendo auténtico o al menos suscrito ante dos testigos (art. 279 del inciso 2), es prueba sumaria, que es la exigida por el artículo 10 del Decreto 2651. Por eso en este caso no es necesaria la ratificación, porque para justificar la inasistencia sólo se necesita prueba sumaria, o lo que es lo mismo, no controvertida, no ratificada. Con la ratificación la prueba en principio sumaria se torna controvertida y para el artículo 10 del Decreto 2651 es suficiente que sea sumaria, sin ratificación.

Para los fines probatorios del proceso (sentencia o auto que resuelve un incidente) un documento de esta naturaleza sí requiere ratificación, si la pide la parte contraria, porque la sentencia o auto que resuelve incidente no puede fundarse sino en pruebas controvertidas⁶.

5. ANOTACION FINAL: Esta norma abre la puerta para la recepción unilateral de testimonios, que vertidos al proceso por una sola de las partes en documentos declarativos emanados de terceros, sólo se ratificarán si la parte contraria lo pide expresamente.

CUARTO INTERROGANTE.

¿Cuál es el alcance del artículo 25 del Decreto 2651 de 1991?

RESPUESTA.

1. TENOR LITERAL DEL ARTICULO: En primer lugar, para determinar el alcance del artículo 25 del DECRETO DE DESCONGESTION es necesario resaltar que la norma dice, lo que dice, y dice lo siguiente: "...*Los documentos presentados por las partes, para ser incorporados a un expediente judicial,*

⁶ En auto del 28 de mayo de 1993 la Corte, con ponencia del Doctor MARIN NARANJO, Héctor. Expediente 4122. Aceptó como prueba de enfermedad grave del abogado que debía replicar la demanda de casación, y para resolver nulidad por interrupción del proceso, certificaciones médicas, sin ratificación, considerando lo siguiente al comentar el numeral 2o del artículo 22 del Decreto 2651: "...refiriéndose al artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, había definido -la Corte- que los documentos simplemente declarativos, cuando son testimoniales debían ser ratificados en su contenido con el lleno de las mismas formalidades legales exigidas para la recepción del testimonio. Esa ratificación, que en realidad consiste en recibir una declaración testimonial juramentada, fue la que se relegó en el decreto de descongestión de Despachos Judiciales, con la salvedad de que debe producirse siempre y cuando la parte contra quien se presenta lo solicite de manera expresa. En caso contrario el documento será estimado por el juez, sin ninguna otra formalidad...".

tuvieren o no como destino servir de prueba, se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal, ni autenticación, salvo los poderes otorgados a los representantes judiciales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros...".

Analizando por partes el artículo resulta lo siguiente:

a) Los documentos presentados por las partes: La presunción sólo se aplica a documentos que presenten las partes..

Y, además, a documentos que provienen de las partes, porque el inciso final del artículo dice "... **Todo ello sin perjuicio de los documentos emanados de terceros...**".

No se aplica esta presunción entonces a documentos emanados de terceros, así los presenten las partes. Sobre los documentos emanados de terceros continúan aplicándose las reglas generales sobre autenticación previstas en el C.P.C.

b) Para ser incorporados a un expediente judicial: La presunción opera para aquellos documentos que se presentan a un proceso, porque existe la oportunidad de controvertir, tachar, contraprobar, etc.

No opera para documentos sin destino judicial. Sin embargo, es de esperarse que pronto se impondrá esta presunción como regla general para todos los casos.

c) Tuvieren o no como destino servir de prueba. De tal forma que se aplica a memoriales y a pruebas documentales.

Y dentro de los memoriales a todos, incluso a aquellos en que se dispone de derechos, se presentan solicitudes de suspensión o que buscan terminar el proceso por transacción, desistimiento, pago, etc., ya "...que el avance de la norma estriba en suspender la vigencia de todas las disposiciones que exigían la presentación personal o autenticación de determinados memoriales, pues resulta cuando menos curiosa la observación que hemos escuchado de prestigiosos letrados que dicen estar de acuerdo con nuestra opinión en el sentido de que los memoriales se presumen auténticos, salvo los poderes y aquéllos respecto de los que una norma especial exige la presentación personal, pues si de eso se tratara la disposición sería vacía, inoficiosa, carente de toda eficacia...".

"...Precisamente el efecto del artículo 25 del Decreto 2651 de 1991 es el de suspender la vigencia de todas aquellas normas que exigían de manera obligatoria la autenticación de determinados memoriales, pues mal puede aseverarse que se aplica para los restantes casos por la obvia y contundente razón de que en esos otros eventos no era necesaria la autenticación, de ahí lo absurdo de tratar

tuvieren o no como como destino servir de prueba, se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal, ni autenticación, salvo los poderes otorgados a los representantes judiciales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros..."

Analizando por partes el artículo resulta lo siguiente:

a) **Los documentos presentados por las partes:** La presunción sólo se aplica a documentos que presenten las partes..

Y, además, a documentos que provienen de las partes, porque el inciso final del artículo dice "...**Todo ello sin perjuicio de los documentos emanados de terceros...**".

No se aplica esta presunción entonces a documentos emanados de terceros, así los presenten las partes. Sobre los documentos emanados de terceros continúan aplicándose las reglas generales sobre autenticación previstas en el C.P.C.

b) **Para ser incorporados a un expediente judicial:** La presunción opera para aquellos documentos que se presentan a un proceso, porque existe la oportunidad de controvertir, tachar, contraprobar, etc.

No opera para documentos sin destino judicial. Sin embargo, es de esperarse que pronto se impondrá esta presunción como regla general para todos los casos.

c) **Tuvieren o no como destino servir de prueba.** De tal forma que se aplica a memoriales y a pruebas documentales.

Y dentro de los memoriales a todos, incluso a aquellos en que se dispone de derechos, se presentan solicitudes de suspensión o que buscan terminar el proceso por transacción, desistimiento, pago, etc., ya "...que el avance de la norma estriba en suspender la vigencia de todas las disposiciones que exigían la presentación personal o autenticación de determinados memoriales, pues resulta cuando menos curiosa la observación que hemos escuchado de prestigiosos letrados que dicen estar de acuerdo con nuestra opinión en el sentido de que los memoriales se presumen auténticos, salvo los poderes y aquéllos respecto de los que una norma especial exige la presentación personal, pues si de eso se tratara la disposición sería vacía, inoficiosa, carente de toda eficacia... .

"...Precisamente el efecto del artículo 25 del Decreto 2651 de 1991 es el de suspender la vigencia de todas aquellas normas que exigían de manera obligatoria la autenticación de determinados memoriales, pues mal puede aseverarse que se aplica para los restantes casos por la obvia y contundente razón de que en esos otros eventos no era necesaria la autenticación, de ahí lo absurdo de tratar

de hacer decir a la norma que esta evita las autenticaciones para los casos donde no se exigía la formalidad..."⁷.

d) Se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación: La norma dice claramente que los documentos a que hemos hecho mención "...se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación...", disposición que trae como novedad un profundo cambio: Antes se requería por regla general el reconocimiento, hoy con esta norma la autenticidad se presume por regla general.

e) Salvo los poderes otorgados a representantes judiciales: Los poderes sí requieren presentación personal, especialmente para acreditar la existencia de la persona que los confiere.⁸

En conclusión HOY en todo tipo de proceso, porque la ley no distingue, incluido el ejecutivo, cualquier documento presentado por las partes y que provenga de ellas, sea memorial o prueba documental, original o copia, **SE PRESUME AUTENTICO Y NO REQUIERE AUTENTICACION, NI PRESENTACION PERSONAL.** Eso es lo que dice la norma. No dice más, pero tampoco dice menos.

La adecuada aplicación de la norma comentada descongestiona, porque agiliza al hacer innecesaria no sólo una autenticación o presentación personal, sino muchas, de numerosas personas, en infinidad de procesos y en todos los despachos judiciales. Acabar con la diligencia de reconocimiento supone atacar la demora en los procesos, agilizar y aliviar el recargo de trabajo en los juzgados.

2. MOMENTO EN QUE OPERA LA PRESUNCION DE AUTENTICIDAD Y SU APLICACION EN EL PROCESO EJECUTIVO: La presunción de autenticidad contenida en el artículo 25 del DECRETO DE DESCONGESTION opera desde el mismo momento de aportación del documento y ahí está la diferencia con el numeral 3o del artículo 252 del C.P.C., según el cual "...el documento privado es auténtico... 3o. Si habiéndose aportado a un proceso y afirmando estar suscrito o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente..." y, además, funciona para todas las partes y no sólo para el aportante, circunstancia que distingue también el artículo 25 comentado del 252 No 4 y 276 del C.P.C., que gobiernan el reconocimiento implícito por aportación sin tacha.

⁷ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Comentarios*. Ob. Cit., pág. 97.

⁸ "...Aun cuando, con evidente error de técnica legislativa, no se menciona expresamente en el artículo 25, debe considerarse que el escrito de la demanda constituye otra excepción a la presunción general de autenticidad, pues el estatuto comentado debe analizarse como un todo armónico y por ello no se puede dejar de tener en cuenta lo señalado en los numerales 1, 2 y 6 del artículo 21, así como el numeral 5 del artículo 22 disposiciones que con toda claridad indican que el escrito de la demanda también requiere autenticación previa. Esto es apenas lógico pues tal escrito constituye la pieza angular del proceso...." MARIQUE GUZMAN, Daniel en respuesta a la consulta formulada a la Academia Colombiana de Jurisprudencia por la Superintendencia de Sociedades. Revista de la Academia Nos. 304-305, pág. 85.

Con el 276 se lograba la autenticidad pero sólo para el aportante y con el numeral 3o del 252 operaba para la otra parte al expirar la oportunidad para tachar (artículo 289), es decir, en un momento posterior al de la demanda y por eso la doctrina y la jurisprudencia no admitían esta norma para la autenticidad del título ejecutivo que, por regla general, debía estar conformado –auténtico– para todos desde la presentación de la demanda y si no lo estaba obligaba la diligencia previa de reconocimiento (artículo 489), con incidente de verificación del 275 en caso de desconocimiento o emplazamiento, actuación que bien podía demandar un año o más entre la demanda y el mandamiento de pago.

Hoy, con el artículo 25 del Decreto 2651, como la presunción opera para todos desde la presentación del documento, por ejemplo con la demanda ejecutiva, sin lugar a dudas la norma es aplicable también al título ejecutivo y entonces será el demandado el llamado a desvirtuar la presunción de autenticidad, a través de la tacha de falsedad, si considera aprócrifo el instrumento⁹.

Así lo reconoce con su acostumbrado criterio de avanzada el profesor HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO diciendo: "...Destacadas consecuencias muestra la modificación, presentándose, entre las más sobresalientes, la de que mientras dura la vigencia del decreto no es menester surtir la diligencia previa de reconocimiento del documento presentado como título ejecutivo, de que trata el artículo 499 del C. de P.C., precisamente por existir esa presunción de ser auténtico, sin que lo anterior conlleve que pueda prescindirse de los demás requisitos de que trata el artículo 488 que, obviamente, deben reunirse..."¹⁰, porque el documento, por ejemplo promesa de venta, que ahora se presume auténtico, deberá provenir del demandado, salvo las excepciones legales y acreditar, como siempre, la existencia de una obligación expresa, clara y actualmente exigible a cargo del deudor.

Es lo mismo que desde hace muchos años sucede con los títulos valores (artículo 793 del C. Co.) y hoy no se justifica mantener la diferencia con otros documentos privados, como contratos de mutuo o facturas comerciales.

3. PARA LA PRESUNCION DE AUTENTICIDAD NO SE REQUIERE LA PRESENTACION DEL DOCUMENTO POR TODAS LAS PARTES: El artículo que comentamos cobija tanto los documentos presentados por ambas partes, como los presentados por cada una individualmente y ésta es una razón más para apoyar su aplicación respecto del título ejecutivo.

⁹ El Tribunal de Bogotá con ponencia del Doctor ALFONSO GUARIN ARIZA, en uto de 10 de marzo de 1995 dictado dentro del ejecutivo de JOSE DANIEL RUIZ GOMEZ & CIA, EN C. y otros contra VILLAGAS LTDA., consideró que el artículo 25 del Decreto 1651 de 1991 no es aplicable para el título ejecutivo. En el mismo sentido el Doctor DANIEL MANRIQUE GUZMAN, Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Nos. 304-305, pág. 86. En sentido contrario, la aplicación del artículo 25 para la configuración del título ejecutivo, se ha pronunciado el mismo Tribunal de Bogotá, Sala Civil, con ponencia del Doctor EDGARDO VILLAMIL PORTILLA.

¹⁰ Comentarios al Decreto.... Ob. Cit., pág. 96.

“...Lo anterior es así –dice DANIEL MANRIQUE GUZMAN–, teniendo en cuenta que el aporte conjunto se regula por el artículo 21 del mencionado Decreto en tanto que el artículo 25 regula la aportación por una sola parte, toda vez que hace referencia a los documentos presentados por las partes “para ser incorporados a un expediente judicial”, expresión que incluye la posibilidad de allegarlo cuando aún no se ha trabado la litis, pues la norma no habla de “proceso” sino de “expediente” y en esta etapa, apropiada para hacer el aporte, solo está presente una de las partes. Además la norma no contiene expresiones tales como “de consuno”, “conjuntamente” u otra similar”¹¹.

4. EL ARTICULO 25 SE APLICA A ORIGINALES Y COPIAS: La norma estudiada se aplica a documentos emanados de las partes y presentados por las partes, sin distinguir el tipo de documento y tan documento es un original, como una copia.

Pero hay que tener en cuenta que una cosa es la autenticidad y otra la eficacia del documento y por eso a pesar de presumirse la autenticidad de la copia, por ejemplo de un título valor, no podrá ejecutarse con ella, porque para el efecto se requiere el original, (artículos 619 y 624 C. Co.). Igual comentario debe hacerse por ejemplo para copias de escrituras de hipoteca, que se presumirán auténticas por el artículo 25 del DECRETO DE DESCONGESTION, pero para fines diferentes al de hacer efectiva la garantía, porque según el artículo 41 del Decreto 2163 de 1970 para eso se requiere la que tenga la constancia notarial que presta mérito, que será la primera copia o su sustitutiva, expedida de acuerdo con el artículo 81 del Decreto 960 de 1970 ó 435 del C.P.C.¹².

Con esta presunción de autenticidad para originales y copias se acaba con las caóticas interpretaciones que originaron las oscuras disposiciones contenidas en los artículos 253, 254 y 268 del C.P.C., haciendo necesario revisar otras normas como las de tachas, diligencias de reconocimiento, desconocimiento, incidentes de verificación de autenticidad, etc.

5. PRESUNCION DE BUENA FE: La solución sugerida encuentra sólido respaldo constitucional en el artículo 83 de la nueva Carta Política, de acuerdo con el cual se presume la buena fe. En el mismo sentido los artículos 769 del C.C. y 835 del C. Co.

La Constitución manda presumir la buena fe, creer que el documento presentado es auténtico. Exigir reconocimiento es presumir lo contrario, la mala fe del aportante, interpretación inconstitucional.

Por otra parte, exigir dentro de la vigencia del artículo 25 del DECRETO DE DESCONGESTION, diligencias de reconocimiento para documentos presentados

¹¹ Revista de la Academia... Ob. Cit., págs. 86 y 87.

¹² MANRIQUE GUZMAN, Daniel. En revista de la Academia.... Ob. Cit.

por las partes y emanados de ellas, como el previo que continúan requiriendo algunos en el ejecutivo, conlleva crear estorbos innecesarios que complican y entorpecen el acceso a la administración de justicia, violando el artículo 84 de la Constitución Nacional, según el cual "...Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir... requisitos adicionales para su ejercicio...".

6. LA SEGURIDAD: En contra se dice que la presunción de autenticidad atenta contra la seguridad, facilitando el fraude y la falsificación.

Asimilar el verdadero alcance de la disposición, como dice HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO¹³ "... implica una mentalidad abierta y, por sobre todo, despojamos del prejuicio del lacre y el sello, tan arraigados en nuestra mentalidad, que tiende más a identificar la forma que el fondo, dar atención más al rito que al substrato... Y es que con relación a los documentos, se mira más que su contenido, el ropaje: que aparezcan sellos, contrasellos, huellas, que ojalá se trate del denominado "papel de seguridad", aspectos que deben ser erradicados...", para agregar luego que "... sin reatos de conciencia, sin temor a cometer pecado mortal, desconociendo supuestos sacrosantos principios del derecho procesal, pues no existe ninguno que erija con tal calidad las autenticaciones, acuñadas con fines económicos, por mentes que en todo creen ver delitos, que como lo ha dicho Osorio y Gallardo han dado por secas las fuentes puras de los actos humanos, lo que el artículo 25... establece es el regreso al sendero de la buena fe, reconociendo que solo por excepción se cometen fraudes dentro de los procesos y que levantar talanqueras que solo molestias causan a los asociados y originan recargo de trabajo para la administración de justicia, no ha sido factor disuasivo de los delincuentes...".

Todos conocemos la realidad de las autenticaciones y presentaciones personales en la práctica. Ninguna garantía importante ofrece una presentación personal o autenticación notarial, porque el delincuente que falsifica una firma, más fácilmente puede suplantar sellos y en el proceso en manos de las partes estará siempre la posibilidad de tachar, contraprobar y discutir el origen y contenido del documento. No se puede detener la evolución del derecho procesal con el deleznable argumento según el cual desformalizar facilita el fraude, porque el que actúa de mala fe igual lo hace con sellos. No es conveniente frenar el avance de las instituciones procesales atendiendo sólo el comportamiento de los delincuentes, que son los menos, en perjuicio de los honestos, que son la mayoría.

En caso de adulteración o suplantación de firma o manuscrito la parte contra la que se opone el documento deberá tachar y probar la falsedad, para destruir la presunción legal de autenticidad, con las consecuencias del artículo, entre ellas

¹³ Comentarios. Ob. Cít., págs. 95 y 97.

aviso al juez penal para lo de su cargo y la posibilidad aún de recurrir en revisión, invocando la causal 2a del 380, de tal forma que el derecho de defensa de las partes siempre estará garantizado, solución que no debe desconcertarnos, ni sorprendemos, porque es lo mismo que siempre ha existido para los títulos valores y documentos públicos, pero ahora ampliando para todo tipo de documentos privados.

7. LA TENDENCIA LEGAL NACIONAL Y MUNDIAL ES LA DE AMPLIAR LA PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD: El Código de Procedimiento Civil de 1970 al modificar las reglas de los artículos 637 y s.s. del C.J., tímidamente en el inciso final del 252 aceptó la presunción de autenticidad para algunos documentos privados, dejando abierta la posibilidad para que legalmente se ampliara tal presunción.

Después el Decreto 2282 de octubre 7 de 1989 incluyó nuevos documentos dentro de la presunción de autenticidad, como los recibos de pagos de primas de seguros, cartas de crédito, documentos referentes a contratos de cuenta corriente bancaria y tarjetas de crédito, todo con el propósito de facilitar el cobro de las obligaciones que eventualmente resultaran a cargo del deudor y que hasta entonces requerían diligencia de reconocimiento.

Luego el Decreto 2591 de 1991 que reglamentó la acción de tutela dispuso en su artículo 10 que "...los poderes se presumirán auténticos..." y en el artículo 14 agregó que ..."La acción podrá ser ejercida sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación...".

El Código de Procedimiento Penal desde 1991 trae una presunción general de autenticidad en su artículo 277 para escritos, reproducciones, grabaciones, fotocopias, telex y, en general cualquier otro documento. El artículo 97 de la Ley 23 de 1991 dispone que "... Las partes deberán acordar el pacto arbitral en cualquier documento, con inclusión de telegrama, télex, fax u otro medio semejante..."¹⁴. En la reciente reforma al Código de Comercio¹⁵ existen normas como el artículo 39 que amplía los casos de presunción de autenticidad.

¹⁴ Desde el 23 de octubre de 1990 el Consejo de Estado, Sección Primera, con ponencia de la Doctora MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, ha venido aceptando el fax, considerando que "...No puede la ciencia jurídica ignorar o colocarse al margen de las innovaciones y progresos que la tecnología moderna y especialmente en el terreno de la electrónica imponen en materia de concreción y trasmisión del pensamiento...". En el mismo sentido auto de julio 26 de 1993 M.P. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA, Sala de lo Contencioso Administrativo, en el que se aceptó la presentación en legal forma de memorial enviado por fax. La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, por el contrario, no acepta memoriales enviados por fax. Auto de 15 de septiembre de 1993, M.P. HECTOR MARIN NARANJO. Ordinario de IGNACIO CARDENAS VILLAMIZAR. Resulta inexplicable que hoy se pueda adquirir bienes y servicios enviando comunicaciones por fax, pero en el proceso no se admite este tipo de documentos tan corrientes en la realidad comercial, so pretexto de autenticaciones y formalismos inútiles, mandados a recoger desde hace muchos años.

¹⁵ Texto definitivo del proyecto de ley 119-93 y 163-93 Cámara acumulados y 236-93 Senado, que entrará en vigencia en 1996.

100 Los comercialistas ya hablan de la desmaterialización de los títulos valores. "...Desde hace algunos años "... —dice BERNARDO TRUJILLO CALLE— se viene hablando del título valor sin base de papel, producto del desarrollo de la sistematización y la electrónica..."¹⁶ y los procesalistas continuamos amarrados a formas tradicionales, pidiendo documentos con sellos, contrasellos, estampillas, imprentas, notarios y policías, que no consultan la realidad, velocidad y necesidad actual de los negocios.

El derecho procesal no puede dar la espalda al derecho sustancial, tiene que ajustarse, elástica y necesariamente al tráfico negocial, para cumplir eficazmente su finalidad de servir de instrumento a la adecuada solución de conflictos, PIERO CALAMANDREI, desde hace más de 50 años, explicando las orientaciones del Código de Procedimiento Civil italiano que entró en vigencia el 21 de abril de 1942 decía: "...las formas han sido simplificadas y reducidas al mínimo indispensable. La innovación verdaderamente fundamental en materia de formas por el nuevo código es...: **El principio de adaptabilidad del procedimiento a las exigencias de la causa** o como se ha dicho también, de **elasticidad procesal**... Todas las innovaciones de que hasta ahora se ha hablado se resuelven, a fin de cuentas, en un retorno del proceso a la simplicidad y a la naturaleza: **reducidos al mínimo los inconvenientes del formalismo**, se trata de poner en contacto directo, de modo que puedan rápida y lealmente entenderse, a los hombres que toman parte en el drama judicial, al juez y a los justiciables, al magistrado y a los defensores. El nuevo código ha sido construido con la clara conciencia de esta verdad elemental: **El problema de la reforma de las leyes es, ante todo, un problema de hombres...**"¹⁷ También debe entenderse así la reforma de 1991 al Código colombiano.

La presunción de autenticidad es una tendencia nacional y mundial, que debe ser acogida por el derecho procesal colombiano. La Cámara de Comercio por el derecho procesal colombiano. La Cámara de Comercio Internacional, que es una organización no gubernamental y que tiene como una de sus tareas básicas facilitar el comercio internacional, el 23 de abril de 1993 y luego de estudios de expertos y aportes de los Comités Nacionales de cada país, aprobó la versión 500 de las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios (RRUU 500), llamadas a regular la operación con cartas de crédito en más de 160 países y territorios, disponiendo, sobre presunción de autenticidad, entre otras cosas, lo siguiente: "...artículo 20. Salvo estipulación contraria en el crédito, los bancos aceptarán también como documento original el documento emitido o que aparentemente haya sido emitido... por sistema de reprografía, automatizados o computarizados..., por copia mediante papel carbón, siempre que esté marcado como original y que, cuando sea necesario, esté aparentemente firmado. Un

¹⁶ De los Títulos Valores. Tomo II. Editorial Temis, Bogotá, 1995.

¹⁷ Instituciones de Derecho Procesal Civil. Volumen I, Ejea, Buenos Aires, 1973, págs. 375 y ss

documento puede estar firmado a mano, mediante facsímil de firma, firma por perforación, sello, símbolo o cualquier otro sistema mecánico o electrónico de autenticación. Salvo estipulación contraria en el crédito, los bancos aceptarán como copia, el documento que lleve la mención de copia o que no esté marcado como original y la copia no necesita estar firmada. Salvo estipulación contraria en el crédito, la condición de un crédito que exija que un documento sea autenticado, validado, legalizado, visado, certificado, o requisito similar, quedará cumplida mediante cualquier firma, marca, sello o adhesivo en tal documento que, aparentemente, satisface dicha condición...".¹⁸

QUINTO INTERROGANTE

¿Es conveniente mantener las normas sobre práctica de pruebas directamente por las partes?

RESPUESTA

Creemos que sí, por varias razones:

1. La práctica de pruebas sin intervención del juez es uno de los aspectos verdaderamente novedosos del Decreto 2651 y tal vez por esa razón ha sido uno de los mecanismos de más escasa aplicación práctica. Sin embargo no por eso debe desaparecer, porque estamos seguros lo novedoso hoy, será la regla general del mañana.

2. La práctica de pruebas directamente por las partes agiganta la labor del abogado, que no debe comportarse como pequeño frente a esta delegación legal. "...La posibilidad de práctica de pruebas directamente por las partes –dice HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO–, es un esfuerzo legislativo que por sí solo saca avante el estatuto, no únicamente por lo que contribuye a la celeridad del proceso, sino por lo que significa en materia de dignificar la profesión de abogado y determinar una nueva mentalidad de lo que debe ser su función...".¹⁹

3. En contra se ha dicho que la práctica de pruebas directamente por las partes atenta contra la inmediación del juez frente a la prueba e invita a que los testigos o declarantes mientan fácilmente.

¹⁸ Estas reglas se establecieron considerando los rápidos cambios de tecnología, transporte y comunicaciones, teniendo en cuenta la legislación preponderante presentada por los Comités Nacionales de 60 países, entre ellos Alemania, Inglaterra, Italia, EE.UU. y España, confiando su redacción final a un Grupo de Trabajo conformado por miembros elegidos entre especialistas en banca internacional, catedráticos de derecho y juristas. Estas reglas, donde la autenticidad se presume, gobiernan el pago de compraventas internacionales mediante la modalidad de carta de crédito (arts. 1408 y ss. C. Co.), mecanismo con el que diariamente se negocian, también en Colombia, importantes sumas de dinero. (Versión del Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, Barcelona octubre de 1993).

¹⁹ Comentarios... Ob. Cit., Presentación.

Se contesta que el principio de inmediación, aunque inobjetable teóricamente, es totalmente inaplicable y tan es así que las sentencias definitivas y ejecutables –dice Corte y Tribunales–, son precisamente las de funcionarios que generalmente no practican las pruebas. Por otra parte, la mentira del testigo o declarante no depende de las circunstancias en que deponga, sino de la formación ética del individuo. El mentiroso lo será igual ante las partes que ante el juez.

4. Los abogados deben tener presente que defender intereses contrarios no significa necesariamente asumir procesalmente comportamientos opuestos. Se puede actuar de común acuerdo en algunos aspectos del proceso, como en la práctica de pruebas, aún defendiendo intereses enfrentados.

DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES

5. Conscientes los abogados que han decidido recurrir a esta herramienta de las dificultades que pueden surgir, por ejemplo sobre objeción de preguntas o tachas por inhabilidad, que deben resolverse inmediatamente, conocemos casos en que se ha “invitado” a la recepción a otro profesional en el que delegan la solución de las diferencias sobre estos y otros aspectos, para evitar que cualquier disentimiento eche a perder la práctica privada de la prueba.

6. Recomendamos, sin embargo, pulir las normas comentadas para no limitar la oportunidad de práctica de pruebas directamente por las partes hasta antes de sentencia de primera o única instancia, como lo hace el inciso primero del artículo 21 del DECRETO DE DESCONGESTION, ampliando esta prerrogativa hasta antes de sentencia de segunda instancia y también para pruebas anticipadas, mecanismo que constituiría un paso importante para que mañana se lleve al juez la instrucción completa, con el propósito de limitar la intervención judicial al fallo. En todos los casos debe quedar a salvo la facultad del juez de decretar pruebas de oficio.

Son variados y disímiles los mecanismos que se han asumido para resolver el problema de la congestión de los despachos judiciales. Tradicionalmente se ha reformado el sistema legal relativo a normas de procedimientos, particularmente en materia de competencias, lo cual ha llevado al ordenamiento judicial a considerar la congestión a otras escalas del sector. Por ejemplo, se han hecho reformas introducidas en el año de 1989, se ha buscado que sea de vital importancia los componentes administrativos de la función judicial, refiriéndose la organización, administración, formación, sistematización, comunicación e información de los despachos, pero también poniendo en marcha mecanismos alternativos de administración de justicia, antes o durante el curso de los procesos.

La conciliación es uno de los instrumentos importantes de descongestión de la administración de justicia. Con ella se pretende devolver al litigante la capacidad de solución de sus conflictos y obtener un alto grado de economía procesal en su